

NORMAS CONSTITUCIONAIS E DIREITO CIVIL*

*Gustavo Tepedino***

“Qual o objetivo do Direito? O que seria de nós se não fôssemos obcecados pela pessoa humana? Se não tivéssemos uma preocupação constante, todos os dias de nossas vidas, pelo homem, por sua felicidade, pela sua dignidade, pela satisfação de suas necessidades, pela superação dos obstáculos de direito e de fato que impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana? O que seria de nós, juristas? Haveríamos perdido nossa razão de ser, a razão de nossa existência!” (Jorge Mosset Iturraspe¹).

Desde os anos oitenta que se sustenta, no direito brasileiro, a imprescindibilidade da aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de direito privado. Entretanto, no início dos anos noventa, com a promulgação da Constituição brasileira de 1988,² surgiu, contra tal corrente, uma forte resistência dos civilistas

* Texto escrito em homenagem ao Prof. JORGE MOSSET ITURRASPE, que tanto tem influenciado as diversas gerações de estudiosos brasileiros do direito civil contemporâneo.

** Doutor pela *Università degli studi di Camerino*, Itália. Professor do Programa de Pós-Graduação/Mestrado da Faculdade de Direito de Campos.

¹ ITURRASPE, Jorge Mosset. Conferência de encerramento da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal no Auditório do Superior Tribunal de Justiça em 12 e 13 de setembro de 2002, Brasília.

² ITURRASPE, Jorge Mosset. Op. cit., nota 1, p. 44-45. O Prof. Iturraspe definiu a Constituição Brasileira de 1988 como “moderna e progressista”, pois “produziu o que hoje se chama a constitucionalização do Direito Civil. Incorporou à carta fundamental direitos da personalidade, direitos humanos, direitos do homem ou do cidadão, avançando no processo de dignificação da pessoa humana”. (Conferência de encerramento da I Jornada de Direito Civil, Op. cit., p. 44-45).

mais tradicionais, ao argumento de que a chamada constitucionalização do direito civil representaria, em realidade, uma diminuição do papel da dogmática própria do direito privado no âmbito da Teoria Geral.

Na esteira do debate doutrinário então travado, afirmou-se de maneira deliberadamente provocatória e polêmica:

Já é o terceiro aniversário da Constituição da República e os civilistas permanecem com o dever inadiável de compatibilizar o Código Civil e a legislação especial ao texto constitucional. Embora proclame-se de maneira quase unânime a supremacia constitucional na atividade hermenêutica, o certo é que o direito civil brasileiro não soube ainda incorporar o texto maior à sua práxis. Basta conferir os tímidos resultados alcançados pela jurisprudência após 5 de outubro de 1988 – ao menos no que concerne às decisões que pudessem ser consideradas diretamente informadas pela Carta constitucional – ou o estado contemplativo de parte de nossos civilistas, cujas contribuições vêm sendo editadas e reeditadas, após a Constituição, sem revisão profunda, limitando-se às indicações de dispositivos constitucionais pertinentes, uma ou outra maquiagem, alguns retoques aqui ou acolá. Parece, ao revés, imprescindível e urgente uma releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição.³

³ Seja consentida a referência à aula inaugural do ano acadêmico de 1992, por mim proferida na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, contida no texto intitulado *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: *Temas de Direito Civil*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1.

Mais de uma década depois, diante do Código Civil de 2002, impõe-se uma reflexão acerca dos paradigmas axiológicos que devem nortear o intérprete na reconstrução dos institutos de direito privado.

Mesmo admitindo-se difusamente a força normativa da Constituição, a aplicação direta dos princípios constitucionais, cujo conteúdo normativo foi proclamado pelos civilistas há vinte anos, nas relações de direito privado encontrou na doutrina e jurisprudência críticas que podem ser agrupadas em quatro objeções centrais: (i) os princípios constitucionais, mesmo tomados como preceitos normativos, constituem-se em normas de organização política e social e, portanto, valer-se deles para a regulamentação das relações jurídicas interindividuais traduziria verdadeiro salto sobre o legislador ordinário, ao qual é dado disciplinar o direito privado; (ii) a baixa concretude dos princípios constitucionais, suscitaria exagerada e por vezes perigosa subjetividade dos juízes; (iii) as normas constitucionais sujeitam-se a reformas, compromissos e contingências políticas, ao contrário das normas do direito privado, muito mais afeitas à estabilidade própria da sua dogmática, em grande parte herdada, quase de forma intacta, desde o direito romano; e (iv) o controle de merecimento de tutela imposto pela aplicação automática das normas constitucionais, para além do juízo de ilicitude dos atos em geral, representaria uma ingerência valorativa indevida nos espaços privados, reduzindo o carpo das escolhas e liberdades individuais.

Todas as quatro críticas, embora respeitáveis, relacionam-se com uma realidade inteiramente obsoleta, pressupondo o cenário característico da codificação do Século XIX, quando delineava-se, então, uma clara dicotomia entre o direito público e o direito privado, este destinado à sublimação da autonomia privada. O Código Civil de 2002, embora desenhado sob a égide do paradigma patrimonialista, imaginando ciosamente um mundo privado que devesse se resguardar de ingerências estatais,

fazendo por isso mesmo concessões por meio de restrições pontuais em cláusulas gerais, desponta em contexto axiológico que altera radicalmente o sentido emprestado para autonomia privada e para a aquisição e utilização dos bens.

Com efeito, vive-se hoje cenário bem distinto: a dignidade da pessoa humana impõe transformação radical na dogmática do direito civil, estabelecendo uma dicotomia essencial entre as relações jurídicas existenciais e as relações jurídicas patrimoniais. Torna-se obsoleta a *summa divisio* que estremava, no passado, direito público e direito privado bem como ociosa a partição entre direitos reais e direitos obrigacionais, ou entre direito comercial e direito civil. Tal advertência ganha importância especial no momento em que, com o Código Civil de 2002, propaga-se a chamada unificação do direito privado. O relevante, ressalte-se, não consiste na topografia da disciplina da empresa na normativa codificada senão a distinção axiológica que deve presidir a dogmática da pessoa humana e a da pessoa jurídica. Ou seja, a proposta unificante do direito privado, concebido em seu aspecto estrutural, só por si nada representa.

À luz do princípio fundamental da dignidade humana têm-se, de um lado, a técnica das relações jurídicas existenciais, que informam diretamente os chamados direitos da personalidade e, mais amplamente, a tutela da pessoa nas comunidades intermediárias, nas entidades familiares, na empresa, nas relações de consumo e na atividade econômica privada, particularmente no momento da prevenção da lesão, deflagrando, a partir daí, uma transformação profunda na dogmática da responsabilidade civil. A dignidade da pessoa humana, como valor e princípio, compõe-se dos princípios da liberdade privada, da integridade psicofísica, da igualdade substancial (art. 3º, III, CF) e da solidariedade social (art. 3º, I, CF).⁴ Tais

⁴ V. Maria Celina Bodim de Moraes, para quem "o substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral

princípios conferem fundamento de legitimidade ao valor social da livre iniciativa (art. 1, IV, CF), moldam a atividade econômica privada (art. 170, CF) e, em última análise, os próprios princípios fundamentais do regime contratual regulados pelo Código Civil.

De outra parte, têm-se as relações jurídicas patrimoniais e a autonomia privada. A noção de autonomia da vontade, como concebida nas codificações do Séc. XIX, dá lugar à autonomia privada, alterada substancialmente nos aspectos subjetivo, objetivo e formal. No que se refere ao aspecto subjetivo, observa-se a passagem do sujeito abstrato à pessoa concretamente considerada. O ordenamento jurídico, que desde a Revolução Francesa, graças ao princípio da igualdade formal, pôde assegurar a todos tratamento indistinto, passa a preocupar-se, no direito contemporâneo, com as diferenças que inferiorizam a pessoa, tornando-a vulnerável. Para o hipossuficiente, com efeito, a igualdade formal mostra-se insuficiente, sendo-lhe motivo de submissão ao domínio da parte hegemonicamente preponderante. Daí voltar-se a ordem jurídica para a investigação das singularidades da pessoa humana. O alvo de atenção do legislador não é mais o sujeito de direito mas os consumidores, a mulher, as crianças e adolescentes e assim por diante. O homem em seu próprio contexto irá avocar e determinar a normativa mais condizente com suas necessidades existenciais. Na mesma esteira, a diferença entre pessoas jurídicas e pessoas físicas ganha singular importância, impondo-se lógica interpretativa e técnica legislativa diferenciadas.

(ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade." (MORAES, Maria Celina Bodim de. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85.)

Por outro lado, a mudança no aspecto objetivo da autonomia privada revela-se no sentido de que novos interesses existenciais se sobrepõem aos interesses patrimoniais que caracterizavam os bens jurídicos no passado. As categorias do direito privado devem ser reconstruídas, a partir do surgimento de situações jurídicas inteiramente novas, advindas com a revolução tecnológica dos últimos cinquenta anos. Basta pensar na engenharia genética, na procriação *in vitro*, na extraordinária massa de informações pessoais colhidas mediante o exame de DNA e na circulação de dados propiciados pelas redes de informática. Cabe à doutrina do direito civil estabelecer parâmetros para tutelar a pessoa humana diante dos novos bens jurídicos que se tornam objeto de situações existenciais suscitadas pelo avanço da cibernética e da tecnologia.

Por fim, a forma dos atos jurídicos, que se voltava no passado exclusivamente para a segurança patrimonial, no sentido de proteger as transferências patrimoniais *inter vivos* e *causa mortis*, especialmente no que tange aos bens imóveis, passa a exercer papel limitador da autonomia privada em favor de interesses socialmente relevantes e das pessoas em situações de vulnerabilidade. Os formulários-padrão e as cláusulas gerais destinam-se a proteger o consumidor, o mutuário, o aderente no contrato de adesão e assim sucessivamente.

Exemplos não faltam dessa mudança qualitativa da autonomia privada e da insuficiência das categorias tradicionalmente consagradas na dogmática do direito civil para solucionar os novos conflitos de interesse. O Professor Stefano Rodotà, em uma das três conferências que ministrou no Rio de Janeiro,⁵ a convite da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Procuradoria do Município da Cidade do Rio de Janeiro, invocou a notícia

⁵ V. longa entrevista concedida pelo Prof. Rodotà, publicada na RTDC n. 11, 2002.

publicada por um tablóide sensacionalista inglês, que pôs em dúvida a paternidade do príncipe William. Insinuou-se então que o herdeiro real poderia ser filho não de Charles, mas de um ex-professor de educação física da princesa Diana. O repórter, aproveitando-se de um descuido do jovem príncipe, acometido de uma gripe, apropriou-se de um lenço de papel por ele utilizado e jogado em uma lata de lixo. Valendo-se também de uma amostra do sangue (ou tecido) do pretense pai, realizou o confronto das cadeias de DNA, cujo resultado negativo estancou a explosão nas vendas dos jornais populares e a apreensão geral relacionada à sucessão do trono. O Professor Rodotà, analisando a questão, esclareceu apropriadamente que não se tratava apenas de um lenço descartado (*res derelectae*), mas de informações que diziam respeito à própria essência da personalidade daqueles de quem foram apropriados. Por isso mesmo, a circulação e utilização dos chamados dados sensíveis devem depender de manifestação expressa daqueles que terão aspectos de sua intimidade revelados.

Não se pode, nestas hipóteses, buscar solução nas categorias clássicas da teoria contratual e do direito de propriedade. Tampouco parece suficiente a dogmática dos direitos da personalidade, no estado atual da doutrina brasileira, ainda excessivamente voltada para a definição e tipificação dos direitos subjetivos. Ao contrário, cabe ao jurista compreender os desafios de seu tempo para analisar os fatos à luz dos valores da sociedade em que vive e dos princípios fundantes do sistema.

Mostra-se inquietante que setores nostálgicos do voluntarismo queiram aproveitar a chegada do Novo Código para considerar desnecessário, a partir de agora, todo o esforço hermenêutico de compatibilização das fontes normativas em torno da Constituição da República. Segundo tal raciocínio, a nova codificação restauraria ao civilista o seu estatuto orgânico das relações patrimoniais, servindo o Código como mediador entre as normas de

direito público e a autonomia privada. A tese, contudo, mostra-se inteiramente descabida. Em primeiro lugar, porque a aplicação direta das normas constitucionais não se reduz a uma mera questão de localização topográfica das normas aplicáveis às relações privadas. Trata-se, de maneira muito mais ampla, da inserção permanente e contínua da tábua axiológica constitucional nas categorias do direito privado, processo que se intensifica com o advento de novos diplomas legislativos, codificados ou extracodificados.

Por outro lado, as novas tecnologias, como se veio de demonstrar, rompem com os compartimentos do direito público e do direito privado, invocando regulação a um só tempo de natureza privada e de ordem pública. A dignidade da pessoa humana há de ser tutelada e promovida, em última análise, nos espaços públicos e privados, daí resultando a imprescindibilidade de um controle da atividade econômica segundo os valores constitucionais, processo hermenêutico que, em definitivo, há de ser intensificado – e jamais arrefecido – com a promulgação de leis infraconstitucionais.

O desafio do jurista de hoje consiste precisamente na harmonização das fontes normativas, a partir dos valores e princípios constitucionais. O novo Código Civil deve contribuir para tal esforço hermenêutico – que em última análise significa a abertura do sistema –, não devendo o intérprete deixar-se levar por eventual sedução de nele imaginar um microclima de conceitos e liberdades patrimoniais descomprometidas com a legalidade constitucional. Portanto, o Código Civil de 2002 deve ser interpretado à luz da Constituição, seja em obediência às escolhas político-jurídicas do constituinte, seja em favor da proteção da dignidade da pessoa humana, princípio fundante do ordenamento.

Referências:

ITURRASPE, Jorge Mosset. Conferência de encerramento da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal no Auditório do Superior Tribunal de Justiça em 12 e 13 de setembro de 2002, Brasília.

MORAES, Maria Celina Bodim de. *Danos a apessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil*. In: *Temas de Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.